

Indenização por danos morais, materiais, o lucro da intervenção e a vitimização

Alberto Bruno Ferraz de Oliveira Medrado¹

Como citar

MEDRADO, A B. F. O. Indenização por danos morais, materiais, o lucro da intervenção e a vitimização. *LIBERTAS: Rev. Ciênc. Soc. Apl.*, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 105-123, jan./jul. 2019.

Resumo: analisamos, em especial, a atuação dos Bancos e as Empresas de Telefonia, que conseguiram popularizar os seus serviços e levá-los a muitos consumidores. Essas empresas prestam serviços relevantes a toda população e consequentemente contribuem para o desenvolvimento social e econômico do país. No entanto, necessário se faz a discussão de alguns pontos sobre a prestação dos serviços, para que seja atendido às prerrogativas da legislação vigente. Com o passar dos anos é comum entre a maioria dos cidadãos a obtenção de um telefone celular, algumas vezes até mais de um, e a abertura de uma conta bancária. Bem diferente do que ocorria em uma perspectiva de vinte anos atrás. Com a popularização desses serviços, consequentemente vieram também novas lides. Essas demandas dizem respeito tanto à má prestação do serviço, incluindo alguns abusos, quanto com relação à conduta do consumidor em não pagar o que estava previamente acordado. O meio jurídico volta a atenção a esse tipo de demanda que representa hoje cerca de 44% dos processos que tramitam na justiça estadual, incluído o juizado e a justiça comum. Da mesma forma, fazemos uma análise das indenizações nas relações pessoais, que uma delas assume o papel de vítima com o intuito de ganhar fácil e rápido. Ao mesmo tempo analisamos a conduta dolosa de algumas empresas, que preferem pagar às baixas condenações a adequar o seu serviço às determinações do Código de Defesa do Consumidor. Este artigo tem o interesse de analisar os tipos de indenizações e os seus reais efeitos práticos, ao mesmo tempo tenta contribuir para um caminho do meio entre dar segurança jurídica e equilíbrio ao mercado, que é de suma importância para a população e o desenvolvimento de uma nação.

Palavras-chave: responsabilidade; dano moral; lucro da intervenção; prestação de serviços defeituosos; má-fé.

¹ Pós-graduada em Gestão Empresarial com ênfase em Gestão de Pessoas, Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – FUNCESI, Brasil, brandao_karine@hotmail.com

Compensation for moral damages, materials, profit from intervention and victimization

Abstract: we analyzed, in particular, the performance of the Banks and the Telephony Companies, who managed to popularize their services and bring them to many consumers. These companies provide relevant services to the entire population and consequently contribute to the social and economic development of the country. However, it is necessary to discuss some points about the provision of the services, so that the prerogatives of the current legislation are met. Over the years it is common for most citizens to get a cell phone, sometimes up to more than one, and opening a bank account. Quite different from what happened from a perspective twenty years ago. With the popularization of these services, consequently also came new lids. These demands concern both the poor performance of the service, including some abuses, and the consumer's failure to pay what was previously agreed upon. The legal environment turns the attention to this type of demand that today represents about 44% of the processes that process in the state justice, including the judiciary and the common justice. We will analyze the victimization used by some consumers who want the fast and easy money and the fraudulent conduct of some companies, who prefer to pay the low convictions to adapt their service to the determinations of the Code of Consumer Protection. This article has the interest to bring to the discussion all these controversies of defective services in a fraudulent way and the stance of victimization of consumers, passing through the important role that exists between the regulators and the Public Prosecutor. At the same time it tries to find a middle way between giving security and equilibrium to the market, which is of utmost importance for the population and the development of a nation.

Keywords: responsibility; moral damage; profit of intervention; provision of defective services; bad faith.

1 INTRODUÇÃO

Sempre houve um entendimento pouco claro a respeito dos direitos ao dano moral, que até o início da década de oitenta não eram tutelados pela legislação. Porém, com o advento da Constituição Federal 1988 possibilitou uma expansão dos direitos individuais e da personalidade, abrangendo também os direitos ao dano moral.

Essa expansão foi objetivada em Leis próprias, como o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil de 2002 e o Estatuto do Idoso, passando de um estado de negação, para a reparação do dano e assim entendeu-se que o dano a personalidade deveria ser reparado, já que a moral ou abalo a personalidade deve ser objeto de reparação, uma vez que se trata de um bem jurídico indisponível.

Com isso, tivemos um aumento das demandas nos Fóruns de todo o Brasil e como solução foi criado os Juizados Especiais, com a Lei 9.099/95, de forma que essas demandas também pudessem ter um rito mais célere e da mesma forma não houvesse uma sobrecarga de processos na dita justiça comum, o que atrasaria ainda mais o nosso judiciário.

Porém, não existe na legislação nada que impeça a tramitação das demandas contra Bancos e Empresas de Telefonia, na Justiça Comum, sendo que na maioria das vezes essa separação é feita simplesmente pelo valor da causa, sendo 20 salários mínimos para processos distribuídos sem a assistência de um advogado, ou seja pelo *jus postulandi*; e 40 salários mínimos para as demandas em que a parte autora está assistida por um advogado, ou ele o mesmo atuando em causa própria. Sendo que para a propositura da ação de cunho moral e material, deve ser analisado o caso concreto e o direito usurpado, de acordo com o dano supostamente atingido, valor, polo ativo e passivo.

Não menos árdua e muitas vezes impossível é a identificação da extensão do dano e sua reparação, como se passou, o abalo a personalidade, sequelas e a possibilidade de sua conversão em perdas e danos, quando não é mais possível retornar à situação ao seu estado original.

Também faremos o estudo da aplicabilidade do *punitive damages*, instituto utilizado originalmente na Inglaterra, mas que se populariza nos Estados Unidos da América, porém, apesar de não existir previsão legal, já é usualmente utilizado em muitas decisões no Brasil.

Da mesma forma, faremos a análise da atuação dos órgãos fiscalizatórios e a possibilidade de converter condenações em prol de fundos de entidades que ficariam incumbidas de fiscalizar e pesquisar soluções que buscassem a excelência do serviço dentro de um lucro razoável para às empresas.

Empresas, que atuando de forma negligente, preferem o risco de uma multa que mudar a forma de atuação, optando sempre pelo maior lucro, independente de lesar muitos consumidores. Nesse caso, será feita a análise do lucro da intervenção sobre essa postura dolosa de forma premeditada, mostrando o posicionamento do

judiciário a respeito dessa atuação dolosa e suas consequências ou ausência delas, permitindo a prestação de um serviço falho e conveniente.

2 DA VITIMIZAÇÃO E A POSTURA DOS TRIBUNAIS

No Brasil, numa perspectiva histórica, ainda é curto o tempo de aceitação quanto aos pedidos de danos morais. Com isso, nota-se uma incerteza em relação à definição do que seria ou não os danos atingidos que merecem a tutela de reparação no judiciário.

Se não tivermos uma análise racional e flexível, corremos o risco de criarmos uma sociedade em que qualquer conduta será passível de reparação por danos morais e com indenização discrepantes para a mesma conduta.

Com o advento da reforma trabalhista que entrou em vigor em novembro de 2017, foi criada uma espécie de tabela para padronizar o valor das indenizações, que tinha como referência o salário do empregado.

A princípio gerou muitas críticas, pois se permitia indenizações diferentes para funcionários que foram vítimas do mesmo ilícito, assim, a referência passou a ser o teto salarial do INSS. Com isso, apesar da previsão constar na legislação trabalhista, tem servido de parâmetro também às indenizações na esfera cível. Ou seja, tanto para danos morais a Justiça do Trabalho ou na Justiça Comum, o valor a ser pago deve ser calculado através do teto dos benefícios pagos pela Previdência Social.

Na esfera trabalhista, o valor da indenização por danos morais não obedece ao último salário e sim o teto do benefício que, atualmente, é de R\$ 5.839,45 (cinco mil oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos). O valor continua sendo calculado de acordo com a gravidade da agressão perpetrada contra o funcionário.

Havendo reincidência das agressões, de acordo com a legislação, os valores podem ser dobrados, mas isso apenas quando ocorrer uma ofensa idêntica, no prazo de até dois anos, a partir da primeira condenação. Por fim, os valores estabelecidos para indenização de danos morais devem seguir a seguinte tabela:

- a) Danos morais de natureza leve: R\$ 17.518,35 (3 vezes o teto do INSS);

- b) Danos morais de natureza média: R\$ 29.197,25 (5 vezes o teto do INSS);
- c) Danos morais de natureza grave: R\$ 116.789,00 (20 vezes o teto do INSS);
- d) Danos morais de natureza gravíssima: R\$ 291.972,50 (50 vezes o teto do INSS).

Tanto a Lei quanto a doutrina preza por razoabilidade para encontrar um meio termo de vivermos de forma sadia, respeitando os direitos individuais, sobretudo da personalidade, em vivermos sobressaltados de que a qualquer momento podemos estar sujeitos a reparar um dano que aparentemente não existiu, cobrado de forma exorbitante.

Tolher qualquer tipo de manifestação, seja ela cultural, econômica e/ou social, com a argumentação de que estaria atingindo a personalidade de um certo tipo de grupo ou classe, estaríamos correndo um sério risco de criarmos uma sociedade sem graça e ao mesmo tempo engessada para novas criações.

Músicas como *Preta Pretinha* de Moraes Moreira; *Coisa Bonita* (gordinha) e *Mulher Pequena* de Roberto Carlos; e *Preto de Alma Branca* de Tião Carreiro e Pardinho, em uma ótica mais radical, estariam ofendendo esta personalidade de determinado grupo e não seria possível atingir o sucesso que atingiram. A não ser com uma repercussão negativa.

Caso se mantenha uma postura radical, seremos privados de bons versos, que não necessariamente estejam interessados em denegrir.

A vitimização social, leva às pessoas a atribuir a culpa a alguém de suas frustrações. Esse cenário está muito bem explanado nas palavras do Autor TODOROV:

Aqui podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez calçadas planas suficiente; se corto o dedo cortando grama, a culpa é do fabricante de cortadores de grama. (...) Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para o meu desenvolvimento. A única hesitação que posso ter é saber se para obter a reparação me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta; mas, nos dois casos, sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta. T. TODOROV, *O home desenraizado*, Rio de Janeiro: Record, 1999.

O autor acima acrescenta um exemplo emblemático em seu livro, em que um grupo de americanos obesos está processando quatro redes de lanchonetes (*fast food*) por servirem refeições que “sabem causar aumento de peso”. Na ação, dirigida à Corte de Nova York, o grupo acusa as redes McDonald’s, Bugar King, Kentucky Fried Chicken e Wendy’s de enganar os consumidores ao atraí-los com comidas gordurosas e com alto teor de sal e açúcar. Um dos autores da ação, em entrevista ao jornal americano *New York Post*, chegou a afirmar que “a indústria do *fast food* arruinara a sua vida”. Caesar Barbar, que pesa 125 quilos, contou que comia em lanchonetes regularmente até 1996, quando um médico o avisou que sua dieta poderia matá-lo. Barbar já teve dois ataques cardíacos e está sofrendo de diabetes. “Sempre pensei que esse tipo de comida fosse bom”, afirmou.

O porta voz do *Consumer Freedom*, um grupo defensor da indústria de restaurantes, ridicularizou a ação judicial: “Esses cidadãos devem saber que praticamente 60% de toda a comida consumida dos Estados Unidos é consumida em casa. Será que eles querem processar as mães americanas também?”²

Agravando essa conduta de vitimização, existem casos que muitas vezes os envolvidos em processos de danos morais, preferem pagar algum valor, somente para evitar a continuação da demanda, fazendo com que fomenta esse tipo de ação já que muitas vezes o autor também termina aceitando o valor ofertado.

2.1 Caso Neymar Jr. x Najila

Em fato ocorrido em maio de 2019, que tomou notoriedade mundial, o jogador de futebol da Seleção Brasileira e do Clube Francês *Paris Saint Germain*, Neymar Jr, foi acusado de ter cometido estupro.³ Em breve síntese do caso, o jogador conheceu a suposta vítima através das redes sociais, foi marcado encontro em um hotel de Paris, na França, sendo que conforme declaração das partes tanto o hotel quanto as passagens foram subsidiadas pelo Jogador. Ele teria ido até o hotel e manteve relações sexuais com a garota, que após retorno ao Brasil teria acusado o jogador de

² A notícia foi veiculada pelo site da BBC do Brasil, disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese>, acesso em 26/06/2002. (TODOROV)

³ <https://globoesporte.globo.com/blogs/bastidores-fc/post/2019/06/01/neymar-e-acusado-de-estupro-em-paris-boletim-de-ocorrencia-e-registrado-em-sao-paulo.ghtml>, acesso em 05/06/2019.

ter feito sem o seu consentimento. Após a acusação, a suposta passou por exame de corpo de delito, que comprovou ter havido o ato sexual, porém, não precisando se a relação ocorreu consentida ou não.

Para se defender, o jogador expôs todas as conversas, incluído aí fotos e vídeos, que teria comprovado que a relação foi consentida, e mais, que a garota ainda insistiu para ficar com ele no dia seguinte, o que de fato aconteceu, pedindo inclusive que o jogador levasse um presente para o seu filho.

Ao expor toda a conversa tida com a garota, o jogador Neymar Jr. expôs a sua intimidade e também a dela, no caso da última sem o seu consentimento e consequentemente abalando a sua personalidade, que passou a ser conhecida mundialmente como oportunista e dissimulada, já que até o fechamento desse artigo (em 19/06/2019), o inquérito não conseguiu ser concluído por falta de provas.

Inobstante ela ter agido com suposta má-fé e poder ser denunciada pelo crime de *imputação de falso crime*, o ato do Jogador Neymar Jr, permite que ela busque uma reparação de cunho moral e material, já que ela é tem como profissão modelo, pela exposição exacerbada do fato, já que o Jogador deveria ter comprovado sua inocência em procedimento administrativo aberto através de um inquérito policial.

Porém, como esperar pacientemente o desfecho de uma denúncia às vésperas de disputar um torneio importante como o da Copa América?⁴ Ao mesmo tempo, qual seria o prejuízo diante dos seus patrocinadores e o Clube PSG, do qual Neymar Jr é funcionário, se ele tivesse que aguardar o julgamento final de um processo como esse?

Vê-se que foi escolhido o caminho menos gravoso e entre escolher preservar a intimidade da garota ou a imagem do jogador brasileiro mais badalado economicamente, o seu *stafe* preferiu expor toda a conversa tida de forma privada,

⁴ O jogador foi cortado devido a uma lesão no tornozelo, ocorrido no último jogo amistoso da Seleção Brasileira.

mesmo que isso gere desmembramento de ordem financeira em possível pedido indenizatório.

Digamos que a história tenha sido toda uma armação, como afirma o Jogador. Mas ainda assim, ela pode interpor o pedido de indenização de cunho moral. Inobstante o Jogador está querendo colocar uma *pá de cal* em toda essa (h)istória, muito provavelmente isso pode gerar o pagamento de um acordo, seja simplesmente por “medo de uma condenação”; ainda não se pode descartar a possibilidade de haver uma condenação, já que houve uma exposição unilateral a nível mundial de uma conversa íntima de cunho privado.

Esse é apenas um dos muitos exemplos que acontecem na justiça de todo Brasil, ao saber que uma pessoa irá pagar indenização para outra, mesmo comprovado que esta havia mentido, gera uma sensação de injustiça para alguns e justiça para outros, podendo ser mais um caso de vitimização para amparar argumentos de fundamentação para a reparação de dano moral.

Para que não tenhamos uma banalização em meio a essa vitimização da sociedade nos processos de reparação civil por danos morais, o advogado precisa ser o primeiro filtro antes da distribuição da ação, por mais que exista o interesse econômico do profissional do direito e principalmente daquele que o procura. É no escritório desse profissional que o vitimizado precisa ouvir que a sua história não passa de um mero aborrecimento, que faz parte do cotidiano e risco que a vida traz.

Para que tenhamos uma justiça que funcione o advogado exerce papel de suma importância, tanto no que diz respeito à distribuição de demandas que não passam de aventura jurídica e só servem para tumultuar o judiciário, quanto na proliferação e banalização dos direitos; quanto também modificar pensamentos de que em juízo poderá ganhar dinheiro fácil.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DANO MORAL

Não existe nenhum outro ser na história com as qualidades e características do ser humano.

Segundo H. Arendt:

... é através de sua singularidade que o homem retém a sua individualidade e, através de sua participação no gênero humano, ele pode comunicar aos demais esta singularidade. Livro: *A condição humana*, p. 171.

Os seres humanos têm uma substância única, uma qualidade própria apenas aos humanos: uma “dignidade” inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim *dignus* – “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”.

De acordo com Kant⁵, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesse particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e de interesse geral. *No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade.* O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente.

Expressão jurídica da dignidade humana:

- a) A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enuncia em seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.
- b) A CF/88 no artigo 1º, inciso III, tem a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República”.

Já Maria Celina Moraes, destaca que:

Para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma sustância única, uma qualidade própria apenas aos humanos: uma “dignidade” inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim *dignus* – aquele que merece estima e honra, aquele que é importante; diz-se que sua utilização correspondeu sempre a pessoa, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, apenas à espécie humana como um todo, sem que

⁵ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

tenha havido qualquer personificação. Livro: *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 77.

O dano moral aparece logo no art. 5º da Constituição Federal de 1988, no inciso X que diz: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A doutrina mais robusta trata o dano moral como àquele que viola os direitos a personalidade, ilicitamente produzida por outro, nascendo o direito a indenização.

Seria ferir a dignidade individual do ser, tirando aquilo que é mais precioso, excluindo nesse caso o patrimônio material.

“O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige”. (REsp 215666, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 21/06/2001).

No caso das empresas, a conduta torna-se reprovável e passivo de reparação de cunho moral, quando a prestação falha dos serviços, de forma dolosa ou culposa, fere a personalidade do consumidor, sobretudo quando recorrente, sem que nada é feito para repará-lo, sendo os casos mais comuns:

- a) Negativação do nome do consumidor, sem que exista débitos pendentes;
- b) Suspensão ou adição de serviços sem a solicitação do cliente, ou mesmo restrições ao uso;
- c) Negativa em cancelar os serviços após solicitação do consumidor, ou colocando dificuldade em seu cancelamento.

4 DAS INSTITUIÇÕES DE FISCALIZAÇÃO

A princípio, parte dessas reclamações primeiro chegam às Instituições que têm como objetivo a proteção ao consumidor, como o PROCON, Ministério Público e Agências Reguladoras.

O conceito de Hely Lopes MEIRELLES sobre o controle da Administração: “Controle, em tema de administração pública, é faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.

Compete também aos órgãos regulatórios como a ANATEL e o Banco Central, aprovar, editar normas, destinação de serviços e homologar novos produtos utilizados, garantindo que esses produtos respeitem os padrões mínimos de qualidade e segurança, além de funcionalidades técnicas.

Essas Agências têm toda a sua base nos institutos e princípios da Administração Pública. Marçal Justen Filho (2014) diz: “A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura a sociedade que os órgãos titulares do poder político não atuarão sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum.

O Ministério Público tem a função de fiscalizar as Agências Reguladoras, sempre que necessário, podendo fazer revisão judicial dos seus atos, sendo uma delas através de ação popular e ação civil pública.

Porém, atualmente o Ministério Público não se contenta somente em fiscalizar, pois é comum promover ações civis públicas, contra má prestação de serviços das telefonias, como aconteceu em ação que tramitou na 10ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, no processo 583.00.2012.137419-5, que em breve síntese, o Ministério Público alega que os moradores rurais da cidade de Araçatuba/SP, clientes da operadora VIVO, passaram a sofrer com o serviço oferecido pela empresa, gerando várias reclamações como: consistentes ruídos nas linhas, falhas e frequentes interrupções do sinal, que costumava perdurar por dias e até semanas.

Ou também no exemplo em que o Ministério Público do Piauí, ajuizou na Comarca de Parnaíba uma ação civil pública sob o nº.: 0800444-65.2019.818.0031 contra o Banco Bradesco, em função de falhas na prestação de serviços à população.

Segundo a Promotoria, o Banco desrespeitava, reiteradamente, causando transtornos aos seus clientes, já que o tempo de atendimento nas agências comumente ultrapassava 45 minutos. Em síntese, foi requerido, em antecipação de tutela, que o Bradesco coloque à disposição de seus usuários pessoal suficiente e necessário no setor de caixa para assegurar o cumprimento da lei municipal, que obriga o atendimento em no máximo 30 minutos, sob pena de aplicação de multa no valor de R\$2.000,00 a cada descumprimento; em tutela definitiva, a condenação por danos morais coletivos, sendo sugerido o valor de R\$500.000,00 a título de indenização.

Tudo isso comprova que não existe limites à fiscalização das empresas de telefonia e bancos, devendo haver mais atuação de todos os órgãos. E para que exista efetividade nesse serviço de fiscalização e atuação do Ministério Público, o valor correspondente às multas, devem ser revertidos em prol da estruturação das empresas fiscalizatórias e do Ministério Público, como o FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

5 PUNITIVE DAMAGES

O *punitive damages* é adotado pelos países do sistema do *common law*, nascendo na Inglaterra e tendo uma maior notoriedade nos Estados Unidos da América. A expressão *common law* “é designativa de um sistema jurídico em que uma das fontes primárias do Direito é a decisão ou precedente judicial. (ANDRADE, 2009, pag. 169)

Na conceituação de Maria Celina Bodin de Moraes, o *punitive damages* seria:

Danos punitivos, algumas vezes chamados de danos exemplares ou vingativos, ou ainda, de “dinheiro esperto”, consiste em uma soma adicional, além da compensação ao réu pelo mal sofrido, que lhe é concedida com o propósito de punir o acusado, de admoestá-lo a não repetir o ato danoso e para evitar que outros sigam o seu exemplo. (W. PROSSER; J. WADE; V. SCHWARTZ, apud MORAIS, 2007, p. 7)

Ultimamente o instituto do *punitive damages* tem recebido críticas no judiciário americano e no restante do mundo. Suas indenizações exageradas têm gerado incertezas, tendo em vista que não existe parâmetro para valoração das

indenizações, como o famoso caso de Stella Liebeck, a velhinha de 79 anos que derramou café em seu colo e obteve uma indenização da rede de lanchonetes McDonald's no valor de US\$2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil dólares), em ação proposta em 1993 e encerrada em 1994, sendo um caso emblemático que mostra o desequilíbrio desse tipo de punição.

Maria Celina Bodim de Moraes, comenta sobre o caso:

De fato, aqueles que consideram que o sistema dos danos punitivos nos Estados Unidos se encontra fora de controle introduzem o assunto, normalmente, contando o caso do café fervente. De acordo com o que se conta, a idosa mulher, que havia comprado café no *drive-through* de uma lanchonete do McDonald's, derramou a bebida quente em si mesma ao dar partida em seu carro; procurou em seguida a empresa, pedindo que a indenizasse pelos danos que sofreu. Tendo a empresa se recusado a fazer frente aos valores solicitados, decidiu-se a idosa senhora a acionar a multinacional e foi-lhe concedida, por um júri do Tribunal de Albuquerque, no Estado do Novo México, a quantia de quase US\$3 milhões por danos punitivos. A crítica generalizada neste caso, e o seu aspecto mais incompreensível para a opinião pública, parece estar no fato de que a Sra. Liebeck buscou reparação para algo que não era nada mais do que um acidente cotidiano e que lhe cabia evitar, porque estava inteiramente no seu âmbito de ação. Uma hipótese típica de culpa exclusiva da vítima.

No Brasil, o *punitive damages* é utilizado como indenização punitiva e tem aspecto pedagógico contra o infrator, conforme segue:

DANOS MORAIS. TEORIA DAS PUNIÇÕES EXEMPLARES OU "*PUNITIVE DAMAGES*". DESESTÍMULO A POTENCIAIS INFRATORES. O dano moral é patente e decorre do próprio ambiente de trabalho que contribuiu/agravou a doença da Autora, que, auxiliar de produção e operadora fabril, não pode mais exercer atividade braçal, a implicar reflexos na esfera psicológica. O valor da indenização pelo dano moral deve proporcionar um lenitivo para suplantar a dor moral sofrida e, também, traduzir caráter pedagógico, a fim de desestimular a prática do ato lesivo. A reparação moral comporta a aplicação da teoria das punições exemplares ou punitivas ("*punitive damages*"), oriunda do direito norte-americano e transportada para o Brasil, a desestimular comportamentos semelhantes de potenciais infratores. Recurso da Reclamante a que se dá provimento, no particular, para fixar a indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). (Processo nº 15543-2008-007-09-00-2 (15348-2014), 2ª Turma do TRT da

9ª Região/PR, Rel. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. DEJT 16.05.2014).

Entendemos que o *punitive damages* pode ter aplicação no direito brasileiro apenas no que diz respeito a punição de forma pedagógica, mas nunca nos padrões que ocorrem nos Estados Unidos, que apenas contribuem para uma instabilidade jurídica.

Ademais, na atual conjuntura, o brasileiro não estaria preparado para esse tipo de indenizações, podendo gerar um certo oportunismo, contribuindo para fomentar a “indústria do dano moral”.

Em contrapartida, poderia ser um mecanismo utilizado pelo Ministério Público em ações civis públicas, de forma a fazer valer as regras para uma boa prestação de serviço, evitando erros crassos de empresas que agem de forma dolosa se beneficiando de altos lucros e baixas indenizações.

6 DO LUCRO DA INTERVENÇÃO

Caberá indenização tida como lucro da intervenção sempre que o infrator cometer ato ilícito, pagar indenização e mesmo assim obtiver lucro oriundo da sua atividade ilícita.

O instituto foi criado para coibir condutas dolosas em que o infrator, sabendo estar cometendo um ato ilícito, assume esse ilícito, pois ainda assim valerá a pena pagar indenização, já que os lucros valerão a pena, em prol de resultado sempre maior do que o valor a pagar a título de reparação material ou moral.

Limitando a indenização aos danos sofridos, o infrator pode obter um lucro maior que o valor a pagar a título de indenização. Ou seja, o infrator termina saindo da lide melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico, ficando com a diferença entre o valor pago a título de indenização e o montante obtido a título de lucro.

O Autor Sérgio Savi, no livro Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012, ilustra bem um caso sobre o assunto:

... O cantor e compositor brasileiro Caetano Veloso, atendendo a convite de um amigo seu, o instrumentista Jacques Morelebaum, aceitou fazer uma participação especial no evento denominado *Heineken in Concerts – A Música Brasileira Convida*.

Preocupado com a associação de sua imagem a uma fabricante de bebidas alcoólicas, Caetano fez questão de incluir no contrato celebrado com a produtora do evento, uma cláusula vedando expressamente a vinculação publicitária de sua imagem ao produto, principalmente pelo fato de jamais ter aceitado fazer publicidade para empresas do setor.

Contudo, mesmo diante de expressa proibição contratual, a Cervejaria Kaiser, à época produtora da cerveja Heineken no Brasil, fez publicar no jornal *Folha de São Paulo* seis páginas inteiras de material publicitário sobre aquela cerveja, incluindo uma referência ao evento musical que contou com a participação especial de Caetano. O grande problema é que, além de fazer menção ao evento musical, a Kaiser estampou uma foto de Caetano em uma das páginas daquela propaganda.

A utilização da foto de Caetano Veloso em material publicitário da cerveja Heineken deu-se contra a vontade do artista, materializada inclusive em cláusula contratual. Caetano Veloso não aceitou ceder o uso de sua imagem para a campanha publicitária e, mais importante do que isso, *não aceitaria fazê-lo por preço algum* (conforme afirmação feita por seus advogados na petição inicial da ação indenizatória).

A associação indevida de sua imagem à cerveja Heineken, como se concordasse com as “qualidades” de tal produto e incentivasse o seu consumo, causou danos a Caetano Veloso. A violação a um dos direitos a personalidade (*in casu*, a imagem) permite a cobrança de indenização pelos danos extrapatrimoniais daí decorrentes. Além disso, o direito de imagem, especialmente de um artista famoso como Caetano Veloso, tem um aspecto patrimonial, que consiste no valor de mercado da utilização de sua imagem.

Olhando a questão do ponto de vista da Cervejaria Kaiser, é certo que esta sociedade “lucrou” ao deixar de pagar pelo uso da imagem de um artista como Caetano Veloso na propaganda que fez publicar. Até aqui, é possível admitir que pelo menos o dano patrimonial sofrido por Caetano equivaleria ao lucro da Cervejaria Kaiser. Afinal, Caetano nada recebeu pela indevida exploração de sua imagem e, com isso, a Cervejaria Kaiser lucrou com o uso gratuito. O lucro da Cervejaria Kaiser e o dano patrimonial de Caetano Veloso equivaleriam, portanto, ao valor de mercado da cessão de direito de imagem.

Com a publicidade houve um aumento nas vendas da cerveja. Se a indenização se limitasse a pagar um cachê da publicidade de um cantor como Caetano Veloso,

a empresa lucraria com toda a diferença dessa indenização relativa somente a imagem e os lucros obtidos pelo aumento das vendas.

O referido instituto serve como remédio alternativo para coibir condutas dolosas de empresas que preferem assumir o risco, sobrepondo direitos de terceiros e assumindo apenas indenizações de reparação quanto ao ato, não chegando a ser questionado qual foi o valor recebido após àquela conduta. Essa conduta deve ser inadmissível e o lucro gerado por ela, não poderá ficar com o interventor, por isso, foi criado o presente instituto que tem a sua base dogmática no enriquecimento sem causa.

Alguns doutrinadores entendem que a única solução para o lucro da intervenção seria a aplicação da responsabilidade civil. Ocorre, que esse instituto se mostra inviável para a solução do tema.

Muito mais adequada parece ser o instituto do enriquecimento sem causa.

Enriquecimento sem causa = remover patrimônio do ofensor.

Responsabilidade civil = remover dano sofrido pela vítima (reparação).

Na responsabilidade civil a atenção é voltada para quem sofre o dano, com o intuito de simplesmente reparar o dano sofrido.

Já no enriquecimento sem causa verifica o aproveitamento ou não do infrator de forma a devolver aquilo que ganhou à custa do lesado.

O Art. 944 do Código Civil, divide a culpa do infrator com a vítima, quando essa tem uma participação menor, aplicando uma menor indenização, senão vejamos:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Para a aplicação da responsabilidade civil, faríamos uma análise inversa do § único desse artigo, o que na nossa visão não pode ser permitido. Ou seja, não

poderá o Juiz aplicar a punição além do valor da reparação, independentemente se a culpa do infrator seja maior.

Se fosse assim considerado, alguns autores sustentam que atos lesivos se transformem em um bom negócio. Mesmo assim, muitos autores sustentam o posicionamento acima.

Se após pagar uma indenização, o ofensor ainda tiver lucro com a sua conduta, ele não será punido eficazmente, por isso a indenização deverá ser aplicada de acordo com a análise do lucro da intervenção, sendo que o valor deverá ser baseado no quanto foi possível lucrar em relação àquele ato ilícito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de toda relevância na prestação de serviço das empresas de telefonia e bancos, deve-se ter atenção a prestação destes serviços, haja vista que essas empresas atingem número considerado de consumidores. Essa vigilância deve ser exercida pelas agências reguladoras, mas não devem ser negligenciadas pelo Ministério Público, que inclusive tem o poder/dever de exercer o seu papel fiscalizatório também contra às Agências Reguladoras.

Já nas relações pessoais dificilmente teremos condições de vigilância ou mesmo de prever uma possível atitude que poderá gerar indenizações. O contrário já poderá ser feito nas relações comerciais, evitando abusos de uma das partes em busca do lucro a qualquer preço.

Em todos os casos o judiciário já possui ferramentas adequadas para coibir, reparar ou amenizar os danos causados, seja de cunho material ou moral.

No entanto, quando um Juiz arbitra uma indenização de R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais) a título de danos morais pela negativação indevida do nome do consumidor, não existe nenhum tipo de punição pedagógica, pois às empresas computam esses valores, a nosso ver irrisório, no seu custo operacional e preferem pagar às indenizações, tendo em vista que a grande maioria de suas condutas de lesarem o consumidor não chegam ao judiciário, pois os

consumidores preferem pagar do que ter que enfrentar uma demanda jurídica em um judiciário que arrasta os seus processos por meses.

Aumentando o valor das indenizações, as empresas passariam a ter prejuízos em relação às suas condutas e efetivamente buscariam um melhor serviço, porque o “erro” passa a não mais compensar.

E se ainda assim tentarem agir de má-fé, com o intuito de ganhar no volume dos “erros”, o Ministério Público deveria intervir com pedidos mais robustos, utilizando o instituto do lucro da intervenção e o produto dessas indenizações deveriam ser revertidos para às próprias empresas fiscalizatórias.

Com razoabilidade e valorizando sempre àqueles que agem de boa-fé, ao mesmo tempo pesando contra àquelas que agem de forma dolosa, com o intuito de angariar mais lucros, o judiciário alcançará o caminho do meio, de forma.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Maria Celina Bodin de Moraes – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Anderson Schreiber. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. II. Borges, Andréa Moraes. III. Caldas, Andréa Gouthier. *Dano moral e punitive damages*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

T. TODOROV, *O homem desenraizado*, Rio de Janeiro: Record; 1999.

